



Schaden & Unfall

Arbeitsrechtliche Regeln zur Erhaltung des Arbeitsplatzes des Geschädigten

von RAin Dr. Dagmar Keyzers, Fachanwältin für Arbeits- und Medizinrecht, Hamm

1. Einleitung

Der Erwerbsschaden des Geschädigten stellt in der Schadenregulierung eine erhebliche Schadensposition dar. Das Interesse in der Schadenabwicklung muss daher dahin gehen, den Geschädigten mit Blick auf seine Schadenminderungspflicht gem. § 254 BGB anzuhalten, seine Ansprüche gegen den Arbeitgeber zur Durchsetzung einer leidensgerechten Beschäftigung und ggf. zur Abwehr einer personenbedingten krankheitsbedingten Kündigung zu verfolgen. Dies ist die Schnittstelle zwischen Schadens- und Arbeitsrecht, weshalb für den Schadenregulierer die Kenntnis der arbeitsrechtlichen Regeln zur Erhaltung des Arbeitsplatzes des Geschädigten von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist.

2. Kenntnis des Inhalts des Arbeitsvertrages als wesentliche Ausgangsgrundlage

Der Geschädigte muss seinem Arbeitgeber nach § 294 BGB die Arbeitsleistung anbieten, wie sie nach dem Arbeitsvertrag zu bewirken ist. Kann der Geschädigte die zu bewirkende und damit geschuldete Leistung auch nur in Teilen nicht erbringen, liegt Unvermögen im Sinne des § 297 BGB vor. Der Einwand des Unvermögens nach § 297 BGB führt zum Ausschluss von Annahmeverzugslohnansprüchen des Geschädigten gegen seinen Arbeitgeber. Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 09.04.2014 zur Unbeachtlichkeit der Nachtdienstuntauglichkeit einer Krankenschwester (NJW 2014, 2302) ändert hieran nichts. In dem vom BAG entschiedenen Fall konnte die Krankenschwester die Leistungen einer Krankenschwester weiterhin erbringen und war nur hinsichtlich der Arbeitszeiten (Nachtdienst) nicht mehr voll einsatzfähig. Bei inhaltlichen Leistungseinschränkungen hätten die Dinge anders gelegen.

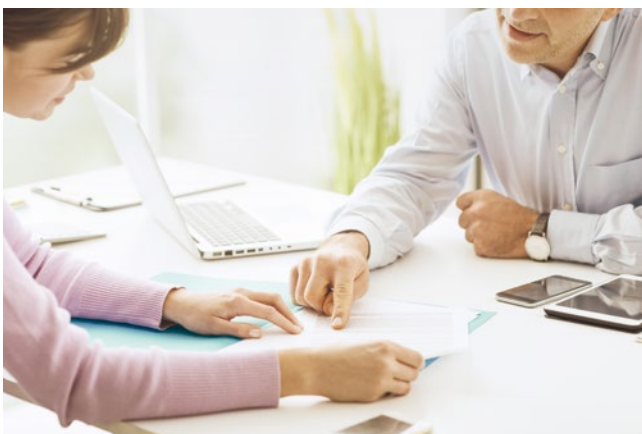
Was der Geschädigte seinem Arbeitgeber als Arbeitsleistung schuldet, kann nur anhand des Arbeitsvertrages beurteilt werden, weshalb der Geschädigte aufzufordern ist, den Arbeitsvertrag vorzulegen. Der Arbeitsvertrag ist sozusagen das A und O der Klaviatur der arbeitsrechtlichen Regeln zum Arbeitsplatzerhalt. Ist arbeitsvertraglich eine konkrete Tätigkeit vereinbart, deren Erbringung dem Geschädigten auch nur in Teilen nicht mehr möglich ist, greift der Einwand des Unvermögens nach § 297 BGB. Enthält der Arbeitsvertrag des Geschädigten einen Versetzungsvorbehalt oder sieht der Arbeitsvertrag – wie etwa im öffentlichen Dienst üblich – eine Tätigkeit

Inhalt

Arbeitsrechtliche Regeln zur Erhaltung des Arbeitsplatzes des Geschädigten	1
1. Einleitung	1
2. Kenntnis des Inhalts des Arbeitsvertrages als wesentliche Ausgangsgrundlage	1
3. BEM-Verfahren als Chance der Beschäftigungssicherung	2
4. Schadenersatzansprüche des Geschädigten gegen den Arbeitgeber	3
5. Abwehr krankheitsbedingter Kündigungen	3
6. Fazit	4

nach tariflicher Entgeltgruppe ohne Angabe einer konkreten Tätigkeit vor, besteht ein Direktionsrecht des Arbeitgebers, dem Geschädigten eine gleichwertige, seiner Qualifikation entsprechende anderweitige Tätigkeit zuzuweisen. Der Arbeitgeber ist indes nicht gehalten, in den Fällen des Unvermögens des Geschädigten nach § 297 BGB sein Direktionsrecht von sich aus auszuüben. Es bedarf vielmehr der diesbezüglichen Aufforderung des Geschädigten an den Arbeitgeber, worauf der Geschädigte mit Blick auf § 254 BGB hingewiesen werden sollte (grundlegend BAG, NZA 2010, 1119; NZA 2015, 1053).

Dies gilt grundsätzlich auch für schwerbehinderte oder gleichgestellte Geschädigte. Auch wenn der schwerbehinderte oder gleichgestellte Geschädigte einen gesetzlich normierten Anspruch auf leidensgerechte Beschäftigung nach § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX hat, folgt aus dieser Vorschrift kein erweitertes Direktionsrecht des Arbeitgebers. Ist arbeitsvertraglich eine konkrete Tätigkeit vereinbart, deren Erbringung dem schwerbehinderten oder gleichgestellten Geschädigten auch nur in Teilen nicht mehr möglich ist, greift der Einwand des Unvermögens nach § 279 BGB (LAG Hamm, 21.08.2014, 8 Sa 1697/13 juris-Dokument). Kann der schwerbehinderte oder gleichgestellte Geschädigte indes bei einer Umgestaltung des bisherigen Arbeitsplatzes seine arbeitsvertraglich vereinbarte konkrete Tätigkeit weiterhin ausüben, gibt ihm § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX in den Grenzen der Zumutbarkeit und der Verhältnismäßigkeit der erforderlichen Aufwendungen einen einklagbaren Leistungsanspruch. Allerdings ist der schwerbehinderte oder gleichgestellte Geschädigte auch insofern gehalten, dem Arbeitgeber konkret darzulegen, wie die konkrete (Um-)Gestaltung des Arbeitsplatzes aus seiner Sicht auszusehen hat (BAG, NJW 2006, 1691). Für die Unzumutbarkeit und/oder Unverhältnismäßigkeit der Aufwendungen – in der Regel der Kosten – trägt der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast. Kann der schwerbehinderte oder gleichgestellte Geschädigte nur auf einem anderen – und zwar freien oder freimachbaren – Arbeitsplatz eingesetzt werden, hat der schwerbehinderte oder gleichgestellte Arbeitnehmer über § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX auch dann, wenn arbeitsvertraglich eine konkrete Tätigkeit vereinbart ist, Anspruch auf Abschluss eines Änderungsvertrages bezogen auf den anderweitigen – freien – Arbeitsplatz.



Nicht nur mit Blick auf die besonderen Ansprüche des schwerbehinderten oder gleichgestellten Arbeitnehmers aus § 81 Abs. 4 SGB IX, sondern auch mit Blick auf den besonderen Kündigungsschutz nach § 85 ff. SGB IX, auf den noch gesondert einzugehen ist, sollte der entsprechend leistungseingeschränkte Geschädigte unter Hinweis auf § 254 BGB dazu aufgefordert werden, durch einen Antrag nach § 69 SGB IX eine Schwerbehinderung, die ab einem GdB von 50 vorliegt, behördlich feststellen zu lassen. Wird nur ein GdB von 30 festgestellt, ist auf einen bei der Agentur für Arbeit zu stellenden Gleichstellungsantrag nach § 68 Abs. 2 SGB IX hinzuwirken.

Enthält der Arbeitsvertrag einen Versetzungsvorbehalt oder sieht der Arbeitsvertrag eine Tätigkeit nach tariflicher Entgeltgruppe vor, besteht also ein Direktionsrecht des Arbeitgebers zur Zuweisung eines anderweitigen gleichwertigen, der Qualifikation des Geschädigten entsprechenden Arbeitsplatzes, ist auch der schwerbehinderte oder gleichgestellte Geschädigte gehalten, den Arbeitgeber zur Ausübung des Direktionsrechts aufzufordern und einen konkreten freien oder freimachbaren Arbeitsplatz zu benennen, auf dem er meint, weiterbeschäftigt werden zu können. Kommt der Arbeitgeber seiner entsprechenden Verpflichtung nicht nach, kann der schwerbehinderte oder gleichgestellte Arbeitnehmer über § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX im Wege der Leistungsklage die leidensgerechte Beschäftigung auf dem entsprechenden Arbeitsplatz verlangen. Der sonstige Geschädigte hat keinen einklagbaren Anspruch auf leidensgerechte Beschäftigung, jedoch ist der Arbeitgeber einem nicht schwerbehinderten oder gleichgestellten Geschädigten gegenüber nach dem Rücksichtnahmegebot des § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet, auf entsprechende Aufforderung des Geschädigten sein Direktionsrecht auszuüben.

3. BEM-Verfahren als Chance der Beschäftigungssicherung

Nach § 84 Abs. 2 SGB IX besteht gegenüber allen Arbeitnehmern, also nicht nur gegenüber schwerbehinderten oder gleichgestellten Arbeitnehmern, die Verpflichtung, das betriebliche Eingliederungsmanagement (BEM) einzuleiten, wenn ein Arbeitnehmer innerhalb eines Jahres ununterbrochen oder wiederholt länger als sechs Wochen arbeitsunfähig ist. Der Arbeitgeber hat mit der zuständigen Interessenvertretung im Sinne des § 93 SGB IX, bei schwerbehinderten oder gleichgestellten Menschen außerdem mit der Schwerbehindertenvertretung mit Zustimmung und Beteiligung des betroffenen Arbeitnehmers die Möglichkeiten, zu klären, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann.

Kommen Leistungen zur Teilhabe oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben in Betracht, sind vom Arbeitgeber die örtlichen gemeinsamen Servicestellen der Leistungs- und Kostenträger oder bei schwerbehinderten Beschäftigten das Integrationsamt hinzuzuziehen. Es besteht kein Anspruch des Versicherers, aktiv



am BEM-Verfahren teilzunehmen, jedoch sollte dem Geschädigten die begleitende Unterstützung, ggf. bei der Bewertung medizinischer oder technischer Fragen, angeboten werden – auch hier wieder verbunden mit einem Hinweis auf § 254 BGB.

Im Rahmen der Schadenregulierung ist zu erwägen, ob durch eine Kostenübernahme oder Kostenunterstützung dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung des Geschädigten schmackhaft gemacht werden kann. Durch ein solches Angebot lässt sich das Argument der Unzumutbarkeit oder unverhältnismäßiger Aufwendungen nach § 81 Abs. 4 SGB IX zerschlagen.

Die Durchführung, und zwar ordnungsgemäße Durchführung des BEM, hat bislang nur kündigungsrechtliche Bedeutung bei krankheitsbedingten Kündigungen. Das BAG hat offen gelassen, ob § 84 Abs. 2 SGB IX Anknüpfungspunkt für einen Schadenersatzanspruch des Arbeitnehmers sein kann. Ein ernsthaft durchgeführtes BEM liefert die Möglichkeit, einvernehmlich mit dem Arbeitgeber den Geschädigten wieder in das Arbeitsleben zu integrieren – ggf. auf einem anderen Arbeitsplatz zu geänderten Konditionen.

4. Schadenersatzansprüche des Geschädigten gegen den Arbeitgeber

Während das BAG bislang offen gelassen hat, ob § 84 Abs. 2 SGB IX Anknüpfungspunkt für einen Schadenersatzanspruch des Arbeitnehmers sein kann, hat der schwerbehinderte oder gleichgestellte Geschädigte gegen seinen Arbeitgeber neben dem Anspruch auf leidensgerechte Beschäftigung bei Verletzung der arbeitgeberseitigen Pflichten aus § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX Anspruch auf Schadenersatz wegen entgangener Vergütung nach § 280 Abs. 1 BGB. Wie ausgeführt, hat der nicht schwerbehinderte und auch nicht gleichgestellte Geschädigte keine Möglichkeit, gegen den Arbeitgeber eine leidensgerechte Beschäftigung durchzusetzen.

Da der Arbeitgeber in den Fällen eines bestehenden Direktionsrechts auch diesen Geschädigten gegenüber nach dem Rücksichtnahmegebot des § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet ist, auf entsprechende Aufforderung des Geschädigten sein Direktionsrecht auszuüben, kommen bei Verletzung dieser Pflicht Schadenersatzansprüche des Geschädigten nach §§ 280,

241 Abs. 2 BGB wegen entgangener Vergütung in Betracht. Dabei ist zu beachten, dass solche Schadenersatzansprüche tariflichen oder arbeitsvertraglichen Verfallfristen unterliegen können. Der Geschädigte ist unter Hinweis auf § 254 BGB dazu anzuhalten, die Einhaltung solcher Verfallfristen sicherzustellen. Ob und welche Verfallfristen einschlägig sind, lässt sich wiederum nur anhand des Arbeitsvertrages beurteilen, weshalb die Vorlage des Arbeitsvertrages durch den Geschädigten in der Schadenregulierung einmal mehr wichtig ist.

5. Abwehr krankheitsbedingter Kündigungen

Leistungseinschränkungen des Geschädigten oder gar langfristige Arbeitsunfähigkeit des Geschädigten führen regelmäßig jedenfalls mittelfristig dazu, dass der Arbeitgeber versucht, sich vom Arbeitnehmer zu trennen, wenn es nicht gelungen ist, über ein durchgeführtes BEM die Beschäftigung zu sichern. Im Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) bedarf eine arbeitgeberseitige Kündigung zu ihrer Wirksamkeit stets der sozialen Rechtfertigung (§ 1 Abs. 2 KSchG). Infolge des schädigenden Ereignisses verbleibende Leistungsminderungen oder die langfristige Arbeitsunfähigkeit sind als Kündigungsgrund am Maßstab personenbedingter krankheitsbedingter Kündigung zu messen. Der Arbeitgeber trägt die volle Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen des krankheitsbedingten Kündigungsgrundes. Neben der negativen Zukunftsprognose, d. h. der – berechtigten – Erwartung, dass die Störung auch über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus fortdauern wird, bedarf es der Darlegung einer erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen. Diese Beeinträchtigung kann sich aus vom Arbeitgeber darzulegenden Störungen im Betriebsablauf sowie aus Entgeltfortzahlungskosten ergeben, wobei die regelmäßige Ausschöpfung des gesetzlichen Entgeltfortzahlungszeitraums des § 3 Abs. 1 EFZG unbeachtlich ist. D. h., es sind nur solche wirtschaftlichen Belastungen von Bedeutung, die jährlich über den gesetzlichen Entgeltfortzahlungszeitraum von sechs Wochen hinausgehen.

Da das gesamte Kündigungsrecht im Anwendungsbereich des KSchG vom Ultima-Ratio-Prinzip getragen ist, ist unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit die Frage nach einer anderweitigen – leidensgerechten – Beschäftigungsmöglichkeit zu prüfen. Dies gilt für alle Arbeitnehmer, nicht nur für den schwerbehinderten oder gleichgestellten Geschädigten. In diesem Zusammenhang prüft die Rechtsprechung die Durchführung eines ordnungsgemäßen BEM. Führt der Arbeitgeber kein oder kein ordnungsgemäßes BEM durch, trägt er die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass sich auch bei seiner – ordnungsgemäßen – Durchführung keine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit für den Geschädigten ergeben hätte (zu den erheblichen Anforderungen an ein BEM siehe etwa BAG, NZA 2015, 612).

Hat der Arbeitnehmer trotz – ordnungsgemäßer den Anforderungen der Rechtsprechung genügender – Einladung zum BEM die Durchführung des BEM abgelehnt, ist der Arbeitge-

ber zu seiner Durchführung nicht verpflichtet. Die Teilnahme des Arbeitnehmers am BEM ist zwar freiwillig, seine Ablehnung hat jedoch kündigungrechtliche Bedeutung. Unter Hinweis auf § 254 BGB ist der Geschädigte in der Schadenregulierung anzuhalten, am BEM-Verfahren teilzunehmen, wobei es – wie bereits ausgeführt – in Hinblick auf die Chancen eines zielführenden BEM sinnvoll ist, dem Geschädigten Unterstützung für das BEM-Verfahren zuzusagen. In einem weiteren Prüfungsschritt hat eine umfassende Interessenabwägung stattzufinden, wobei das Lebensalter, die Beschäftigungszeit, die Unterhaltspflichten, die Arbeitsmarktsituation, eine mögliche Rentennähe zur gesetzlichen Altersrente, insbesondere aber auch das Vorliegen einer Schwerbehinderung oder Gleichstellung zu berücksichtigen sind.

Soweit arbeitsvertragliche oder tarifliche ordentliche Unkündbarkeit des Geschädigten besteht, liegen die Anforderungen an eine krankheitsbedingte personenbedingte Kündigung nochmals deutlich höher, denn das Arbeitsverhältnis mit einem solchen Arbeitnehmer kann nur noch außerordentlich, also bei Vorliegen eines wichtigen Grundes gekündigt werden. Die Rechtsprechung knüpft insbesondere an die Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen verschärfte Anforderungen, vor allem was die hinnehmbaren finanziellen Belastungen angeht. Bei schwerbehinderten oder gleichgestellten Geschädigten bedarf die krankheitsbedingte personenbedingte Kündigung der Zustimmung des Integrationsamts nach §§ 85 ff. SGB IX und seit dem 01.01.2017 auch der vorangegangenen ordnungsgemäßen Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung gemäß § 95 Abs. 2 Satz 3 SGB IX. Da die krankheitsbedingte personenbedingte Kündigung regelmäßig auf der Behinderung beruht, besteht für das Integrationsamt sowie die Schwerbehindertenvertretung ein strenger Prüfungsmaßstab, ob der Arbeitgeber alles Zumutbare unternommen hat, um den geschädigten Arbeitnehmer ggf. unter geänderten Arbeitsbedingungen weiterzubeschäftigen.

Unterlässt der Geschädigte die Erhebung einer Kündigungsschutzklage im Falle einer krankheitsbedingten Kündigung, kann dies den Einwand des § 254 BGB begründen (vgl. OLG Oldenburg, r+s 2007, 303). Bei krankheitsbedingten personenbedingten Kündigungen liegen die Hürden für den Arbeitgeber hoch. Solche Kündigungsschutzprozesse sind für den Arbeitgeber in der Regel nur schwer zu gewinnen, und zwar unabhängig davon, ob der Geschädigte schwerbehindert oder gleichgestellt ist. Genießt der Geschädigte den besonderen Kündigungsschutz nach §§ 85 ff. SGB IX, liegen die Hürden nochmals ungleich höher. Dies führt dazu, dass aus Arbeitgebersicht entsprechende Kündigungsschutzprozesse gerne gegen nicht unerhebliche Abfindungen beendet werden. Durch solche Vergleiche wird der Geschädigte „geködert“. Dies unterstreicht, wie wichtig es ist, den Geschädigten möglichst frühzeitig mit der Zielrichtung des Erhalts des Arbeitsplatzes zu begleiten.

6. Fazit

Die Kenntnis der arbeitsrechtlichen Regeln zur Erhaltung des Arbeitsplatzes des Geschädigten sollte in der Schadenregulierung nicht unbeachtet bleiben. Hierin liegt das Potenzial, den Erwerbsschaden zumindest deutlich zu mindern. Unmittelbaren Einfluss auf das Arbeitsverhältnis kann der Versicherer selbstredend nicht nehmen, jedoch unter Hinweis auf § 254 BGB dem Geschädigten die erforderlichen Maßnahmen zum Erhalt seines Arbeitsplatzes aufzeigen.

Über die Autorin

RAin Dr. Dagmar Keyzers
ist Partnerin der überörtlichen
Rechtsanwaltssozietät Dr. Eick &
Partner Rechtsanwälte Partnerschaft
mbB am Standort Hamm und
Fachwältin für Arbeits- und
Medizinrecht.



Herausgeber

General Reinsurance AG
Theodor-Heuss-Ring 11
50668 Köln
Tel. +49 221 9738 0
Fax +49 221 9738 494

Redaktion

Dr. Marianne Kutzner (verantwortlich),
Markus Burbach, Gerhard Riedel
Tel. +49 221 9738 678
Fax +49 221 9738 824
marianne.kutzner@genre.com
www.genre.com/business-school

Layout

gläser projekte GmbH, Köln

Bildnachweis

Foto Titel (li): © Wavebreakmedia - gettyimages.com
Foto Titel (re): © utah778 - gettyimages.com

Seite 2: © demaerre - gettyimages.com
Seite 3: © veerasakpiyawatanakul - gettyimages.com